



O humanismo e o ordenamento jurídico

Autor: Luciano Andraschko

Juiz Federal

publicado em 30.04.2015

 [\[enviar este artigo\]](#)

 [\[imprimir\]](#)

"Id quod justum est."
Grocio

Resumo

O presente trabalho pretende analisar a perspectiva atual do movimento humanista no direito. Para tanto, veremos como a demanda por decisões judiciais mais "humanas" deve ser analisada pelo jurista. O movimento humanista do direito não é novo; porém, na atual sociedade de massa contemporânea, seu âmbito de abrangência é cada vez maior. Depreendemos que o ordenamento jurídico como modelo de regramento de condutas sociais exige um trato técnico, sob pena de perder coesão. Essa parte da relação direito-dever e como tal é estabelecido. Essas duas estruturas dão o tom lógico a essas regras de conduta. Assim, a decisão judicial dita "humana" não pode passar ao largo do sistema jurídico, mas deve sim respeitar tal condição, sem entretanto desestruturar a ordem legal.

Sumário: Introdução. 1 Humanismo. 1.1 A questão da igualdade. 2 Ordenamento jurídico. 3 Lógica do ordenamento jurídico. Conclusões.

Introdução

O movimento humanista advém de um longo trilhar na história mundial. De igual modo o faz na seara do direito. Na Idade Média, Guilherme de Ockham⁽¹⁾ já iniciava um pensamento sobre os direitos do indivíduo, o que fez surgir a corrente dogmática chamada de nominalismo. Tal pregava o desprezo do geral em prol do individual, daí o nome da teoria. Só os indivíduos importam, porque só estes são reais, constituem substância. Dizia ele que o único conhecimento perfeito, verdadeiramente adequado ao real, é o do indivíduo. Assim, não existia nada acima dos indivíduos, exceto Deus. Observe-se que, naquela época, o cenário social não era nada parecido com o que temos hoje. Os Estados não existiam, não eram democráticos, a regulação da vida social pelo príncipe era neófito e guiava-se em termos gerais por matizes religiosas.

Por óbvio, muito se passou de lá até os tempos atuais, nos quais temos Estados soberanos, democráticos, fundados no direito. A lei é que regula a vida social atualmente, e o faz de maneira geral (porque não pode ser pessoalizada) e prévia (é uma condição para a segurança jurídica).

As leis (*lato sensu*) são gerais ou específicas; no caso destas últimas, tem-se em mente situações pontuais que merecem um trato diferenciado da regra geral, mas mesmo assim sem subjetivismo, já que o trato é por categoria. E isso ocorre porque, em regra, a lei não deve discriminar. É fácil entender o motivo da não

discriminação: paz social. Na medida em que a lei começa a priorizar determinados indivíduos em prol de outros, é de clareza solar que o grupo preterido entrará em confronto (físico ou de ideias) com o grupo escolhido pelo legislador. A vida em sociedade não pode levar a isso. Ela deve ser pacífica, tranquila, para que todos, de posse desses atributos, possam construir suas vidas profissionais, amorosas, éticas, religiosas, etc.

A vida em sociedade deve permitir ao indivíduo desenvolver-se e progredir. A função do direito é assegurar que ele não seja impedido dessas atividades que são só suas. Afinal, o progresso é individual, como dizem os nominalistas. No campo teológico, em que se fortificou o movimento humanista, também se tem como máxima religiosa que o progresso espiritual é individual, porque a prestação de contas com o Criador assim o será.

Porém, o humanismo, atualmente, está impregnado de algo que não é da sua essência. Possui um aspecto destruturante de outros direitos. É o individualismo levado ao extremo, descompensado do meio em que vive, afastado das regras naturais e desvirtuado do fim social do próprio homem.

Para compreendermos um pouco esse fenômeno, analisaremos em três partes o humanismo. Uma primeira parte de faceta história, na qual veremos suas origens e de que maneira floresceu. Na segunda parte, analisaremos o ordenamento jurídico, o porquê da existência de regras objetivas e como aquele deve ser íntegro na sua aceção sistemática e teleológica. E, por fim, observaremos como a lógica deve permear a atividade do jurista a fim de preservar o próprio sistema do direito. Também veremos como a lógica auxilia o direito no campo da sua eficácia e da pacificação social.

1 Humanismo

O conceito de direito subjetivo é moderno, porque é da própria lógica da sua formulação requerer uma concepção individualista. Por esse motivo, a categoria do direito subjetivo não existia na antiguidade, que era caracterizada por uma concepção comunitária do homem.(2) Assim, as formulações do direito romano prescindiram dessa categoria, entendendo por *ius* a situação jurídica, o *status* atribuído a uma pessoa em relação com outra ou com uma coisa, ou os benefícios que obtém na distribuição de um bem.

O direito subjetivo, de um ponto de vista geral, alude àquelas situações reguladas pelo direito que podem ser denominadas de liberdade, privilégio, prerrogativa, extensão, faculdade, garantia, capacidade, permissão, concessão, imunidade, autonomia, inoponibilidade, etc. Como se vê, não se fala em qualquer tipo de dever, ou mesmo de racionalidade, no uso de tais predicados.

Recaséns(3) bem define a questão do conceito de direito subjetivo:

"A los efectos de agrupar todas estas multiples acepciones bajo una formula común vamos entender provisionalmente por derecho subjetivo aquella calificación normativa que consiste en atribuir a una determinada situación del sujeto el imperativo de una conducta correlativa en otro u otros sujetos."

Surgiram três teorias jurídicas para explicar o direito subjetivo.(4) A primeira delas, denominada de teoria da voluntariedade, assentava suas premissas na teoria filosófica da moral de Kant e Hegel. O famoso jurista alemão Windscheid dizia que o direito subjetivo era um poder, o senhor da vontade reconhecido pelo ordenamento jurídico como uma vontade juridicamente protegida. Era dado um caráter central à autonomia da vontade. A segunda corrente entendia que o direito subjetivo era um interesse jurídico protegido. Ihering entendia que esse interesse era médio de um grupo social. Dizia que um interesse somente era um direito porque estava protegido; assim, haveria um interesse (pré-jurídico) e uma

proteção (pós-jurídica), e o direito seria o elo de ligação entre as duas situações. Por fim, a teoria eclética, que era uma mistura das duas anteriores. Jellinek entendia que o direito subjetivo era um interesse tutelado pela lei mediante o reconhecimento da vontade individual.

Atualmente, parece estar-se impregnando o humanismo de uma corrente extremada da vontade. Ou seja, aquela que compreende o direito subjetivo como o equivalente a uma autorização. Nesse sentido, está-se aludindo à existência de uma norma que permite ou autoriza expressamente um determinado comportamento, bastando que não haja uma proibição em outra norma. Vemos um exemplo clássico disso no artigo 196 da Constituição Federal de 1988, que trata do direito à saúde. Mas, observe-se, tal posição trata-se de uma interpretação que está sendo dada a tal dispositivo constitucional. O constituinte colocou as palavras, e as correntes interpretativas colocam o sentido. Porém, como veremos nos capítulos seguintes, a atividade interpretativa não é um agir de espírito livre,⁽⁵⁾ há regras, há limites, há método.

Não se prega o formalismo na abordagem do humanismo e de seus direitos subjetivos, pois se sabe que o direito positivado é de formação histórico-cultural frente ao direito natural. Porém, o que não nos parece correto é o uso sem critérios em prol de um pretenso direito humano singularizado. Explico. Uma atitude proativa judicial em prol dos direitos humanos de um indivíduo tem um aspecto positivo e um negativo ao mesmo tempo. O aspecto positivo é para o próprio indivíduo que requereu a medida. Já o aspecto negativo será sentido por outros integrantes sociais, seja pelo Estado, que deverá arcar com o custo da implantação de tal direito, seja pelos demais cidadãos, que terão menos direitos humanos do que aquele que foi contemplado com a ordem. Vê-se, assim, que há duas ou mais faces na aplicação de institutos. O que se prega maciçamente é apenas um aspecto. Mas o outro também deve ser analisado, sob pena de não se estar sendo justo. Daí a velha máxima: justo para um, injusto para o outro.

Parece que a aplicação de um viés humanista nas decisões judiciais é medida necessária e salutar. Há muito o magistrado deixou de ser o mero aplicador autômato da lei, ou, como queriam os franceses, *bouche de la loi*. As situações da vida são de uma riqueza que a lei formal não consegue delimitar com precisão. O que a lei consegue é dar contornos gerais, regras de solução, dizer qual é a política constitucional sobre o tema; em linhas gerais, orientar para que se decida. É nesse campo que o jurista deve trabalhar. Nem tudo está na Constituição ou na lei de maneira explícita, mas consegue-se extrair delas o *telos* sobre a questão. Assim, nossa Constituição traçou políticas sobre vários assuntos: sobre a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II), sobre a gravidade do crime de tráfico de drogas, tanto que determinou que ele é inafiançável (art. 5º, XLIII), sobre a relevância do direito à saúde (art. 196), etc.

Vejamos este último. O artigo 196 da Carta da República diz que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Uma análise humanista tem lido esse artigo apenas parcialmente, até onde fala em dever do Estado. Daí, em um viés voluntarista, entende-se que, se é dever do Estado, este deve custear o tratamento de cada caso individual. Em certo aspecto, tal interpretação está correta, e a praxis está aí para confirmá-la, uma vez que basta ver o Sistema Único de Saúde. Porém, a Constituição também fala que tal direito será garantido por políticas públicas, ou seja, coletivamente. Porque, em uma sociedade de massa, não há como tratar particularmente todos os casos individuais. Daí começa a dicotomia. O Estado tem que tratar cada vez mais os anseios sociais de forma coletiva, porque a sociedade cresce ano a ano. De outro lado, a sociedade é cada vez mais individualista, na qual cada um quer o “seu” tratamento de saúde, e não um tratamento de saúde. *Quid juris* para o magistrado humanista? Tal situação é igual ou diferenciada em relação aos

outros casos que são tratados coletivamente? A realidade deve ser um fator a contar na análise judicial. Por tal se tem o custo, a estrutura e a demanda. A eficácia ininterrupta da utopia progressista obscurece a experiência adquirida.(6) E, como tal, pode colocar todo o sistema de saúde em crise.

1.1 A questão da igualdade

Quando se fala em humanismo, não se pode perder de vista que sempre há, direta ou indiretamente, uma perspectiva de busca de igualdade. Seja por quem se sente preterido por estar em uma fila à espera de cirurgia e quer, assim, ter direitos iguais aos daqueles que estão à sua frente, seja pelo cidadão que não quer pagar tributos, pois, sendo pobre, não estará sendo tratado de maneira igual àquele que tem mais recursos.

Mas temos de nos perguntar: as pessoas são realmente iguais? Por certo que, em uma classificação biológica, sim, mas e na seara jurídica? A resposta é não. Simplesmente não, as pessoas não são iguais em direitos nem em obrigações. Veremos com mais vagar a questão das obrigações no item 2. Em atenção ao sistema jurídico dos direitos, também é óbvio que não há direitos iguais para todos. Nem todo direito decorre apenas da existência humana, mas por certo há os que têm isso como causa suficiente. Tais são, por exemplo, o direito à liberdade, à vida, etc. Outros, porém, requerem certas condições para que existam, por exemplo, direito à propriedade, à saúde, etc.

Existe a categoria de direitos ditos gerais (vida, liberdade, processo justo...), que todos desfrutam, e a categoria de direitos específicos, que apenas os que cumprirem certas condições podem usufruir. Observe-se que, na primeira categoria, a atuação do Estado é meramente negativa. Isto é, ele se compromete a não atacar tais direitos, e só o fará para restabelecer a ordem jurídica. Já os direitos da segunda categoria exigem uma atuação ativa do Estado. É o caso do trabalhador que preencheu os requisitos legais para aposentadoria, o do contribuinte que preencheu as condições para usufruir de uma isenção tributária, ou mesmo o do cidadão que preencheu os protocolos do SUS para ter direito ao procedimento médico.

Assim, certos direitos não nascem sem uma causa originária eficiente. Por consequência, não há direito a um resultado similar ao de outrem. A propósito, Dworkin(7) fala em igualdade de recursos, e não em igualdade de resultados. Para esta última, é necessário que todas as pessoas tenham o mesmo nível de riqueza em todos os estágios da vida. Para o primeiro, o que é essencial é que se observem as escolhas e os esforços de cada um para que o resultado seja justo. De fato, não se nega tal pensamento, porém, o homem atual não se resigna mais com sua situação, ainda que igual à do seu vizinho, fruto de um individualismo crescente. Em uma questão envolvendo saúde, sempre um sente que está mais doente que o próximo, ou que está sendo preterido injustamente. A autoridade médica é posta de lado e vai-se em busca de alguém que ouça seu pleito. *In casu*, a autoridade judicial.

Também não parece mais haver tanto as estruturas básicas da sociedade de que Rawls(8) falou, ou melhor, existem, mas sua atuação mudou. Segundo ele, tais seriam a maneira pela qual as principais instituições sociais se articulam em um sistema único, o qual estabelece os direitos e deveres fundamentais e estrutura a repartição dos benefícios que resultam da cooperação social. Esse parece ser o ponto que mudou: deveres. As estruturas sociais parecem desconhecer o significado de dever. Direito e dever são forças ligadas entre si, indissociáveis. Uma não existe sem a outra, ou melhor, se tentar existir, destrói o sistema sob o qual se ergueu.

Porém, não somos contra o humanismo, ao contrário. O que entendemos é que o simples racionalismo, isto é, a aplicação aritmética da lei, não basta. O que deve ser utilizado como vetor pelos aplicadores é o ordenamento jurídico. A política

legal que foi escolhida para reger determinados casos não pode ser alterada por uma interpretação divergente. Por isso, entendemos que os benefícios do humanismo na seara do direito foram e são muito úteis, pois serviram para alterar certas posturas jurídico-legais. A propósito, cito C. Neal Tate e Torbjörn Valinder,(9) que citam o valioso papel da construção jurisprudencial norte-americana no campo da judicialização da política em prol das minorias:

"The result of the judicialization of politics can be positive if the judicialization works as an alternative channel for the conveyance of social demands when other institutional channels are overloaded or clogged, thus safeguarding pluralism. For instance, in the U.S.A. fundamental rights such as freedom of speech and enjoyment of civil rights by minorities have been enlarged by the U.S. Supreme Court. U. S. judges sensitive to the pressure of organized groups have taken the social responsibility of protecting minority or fundamental rights well beyond the capacity or willingness of the majority to do so."

2 Ordenamento jurídico

Sabe-se que outrora não havia sistema de direito positivado. Lá, as regras de conduta eram de conhecimento informal, usual e costumeiro da população. Era uma época em que os agrupamentos sociais eram pequenos, e a presença do líder era efetiva e forte. Com o surgimento da pólisgrega, tal sistema começa a mudar. Aristóteles(10) nos explica que as leis surgiram quando a injustiça floresceu no âmago das cidades. O próprio(11) nos disse que as leis positivas humanas eram necessárias não apenas por causa do pecado, como remédio para os vícios do homem em estado de corrupção; elas também eram necessárias pela própria natureza do homem, sociável e naturalmente destinado à ordem política. A positivação não se deu, porém, de maneira instantânea: ainda havia o conhecido direito não positivado, que tinha origem no direito natural.

Na Idade Média, dominada pelo pensamento de Santo Agostinho, o direito natural era preponderante e tendia a prescindir da lei humana, visto que havia o comando social dado pelas leis divinas eternas. Segundo Michel Villey,(12) coube a São Tomás o mérito de devolver aos juristas o senso da função legisladora. Colocou em evidência a necessidade natural da autoridade da lei como fonte do direito. Assim, a vagueza da ciência do direito natural, com a sua consequente carga de arbitrariedade, deixaria de existir.

Então o sistema jurídico de uma nação passou a ser, em regra, positivado, a fim de que fosse bem conhecido pelo corpo social. Tal decorre da necessidade de clareza das regras na medida em que os corpos sociais têm se tornado cada vez maiores e mais complexos.

Coincidem a ordem jurídica e a vida do homem em comunidade; por isso, toda legislação, graças à unidade do objetivo, que é disciplinar a utilidade social, e à unidade da ideia fundamental, que é assegurar a justiça, constitui um organismo com forças latentes de adaptação e expansão, encerra o germe de uma série de normas não expressas, porém vivazes e implícitas no sistema.(13)

O professor Raymond Wacks(14) explana sobre o conceito de lei como um comando, *verbis*:

"Imagine a powerful sovereign who issues commands to his subjects. They are under a duty to comply with his wishes. The notion of Law as a command lies at the heart of classical legal positivism as espoused by its two great protagonists, Jeremy Bentham and John Austin. Put simply, legal positivism, like scientific positivism, rejects the view – held by natural lawyers – that law exists independently from human enactment. But positivists do share the view that the most effective method of analysing and understanding law involves suspending moral judgement until it is established

what it is we are seeking to elucidate.”(15)

O Direito é concebido por Kelsen(16) como uma “ordem normativa da conduta humana” descrita por meio de enunciados de “dever-ser”, “um sistema autorreferente, excluindo dele quaisquer considerações não normativas”.

Pontes de Miranda(17) assim se expressa sobre a regra jurídica positivada:

“O conteúdo da regra jurídica é, na maioria das vezes, econômico ou moral, quer dizer: o interesse individual ou coletivo, o útil e o bom em uma das suas modalidades – a do egoísmo ou a do altruísmo, a feição própria do indivíduo ou a do organismo total. Não há dúvida de que, para formular regra, é de mister reduzi-la ao verbalismo humano, pelo processo de substituir aos elementos econômicos ou morais elementos lógicos que lhes correspondam no mundo espiritual; mas aí não se dá a transfusão, a alquimia, a que parecem render preito certos escritores; por maior que possa ser a intelectualização do sistema e a eficácia deste, não deixará de ser simbólico e somente simbólico o valor dele.”

Porém, uma visão racionalista do positivo não consegue atender de maneira justa aos anseios sociais. Porque a aplicação matemática da lei nem sempre conduz à melhor conclusão. Aos fatos da vida, o aplicador deve aplicar os valores que estes merecem, a fim de verificar sua adequação ao sistema jurídico. Um dos precursores dessa máxima foi o Justice Oliver Wendell Holmes (1841-1935), juiz da Suprema Corte americana. Ele foi um dos pais da teoria denominada realismo, com a sua famosa máxima da “lei em ação” – *law in action*. Assim, mensuradas as necessidades sociais, a lei seria o que os tribunais dissessem que ela é. Como já vimos, essa posição deu um salto para a politização das decisões judiciais. Aspectos positivos e negativos surgiram dessa postura. Dos primeiros, destacam-se a humanização das decisões e a inclusão das minorias sociais. Como aspecto negativo, pode-se dizer que, ao cabo desse processo político, tem-se que o sistema jurídico fica fragilizado, pois não há maiores certezas jurídicas. Afinal, o direito é o que o juiz diz que é.

Por óbvio, as críticas a tal postura não tardaram. Para Norbert Hoerster,(18) “este rechaço ao positivismo jurídico é incompreensível e se baseia primordialmente em mal-entendidos e preconceitos”. Infelizmente, não se pode deixar pelo menos de mencionar esses ataques, no intuito de diferenciá-los das críticas pertinentes e competentes que sempre devem ser feitas, por serem mola mestra na evolução de qualquer teoria, em qualquer ramo do conhecimento.

Mas não se pode esquecer que o positivismo jurídico,(19) conquanto todas as suas diferenças internas, parte da ideia comum de que o Direito é criação humana, produto de sua cultura, construído em um processo racional, sendo, assim, imperfeito sempre.

Dessa assunção de imperfeição decorre uma postura aberta e humilde na qual os positivistas não pretendem responder todas as questões inerentes ao pensamento jurídico nem apontar soluções definitivas para os problemas cotidianos da vida jurídica com exatidão absoluta, o que seria, desse ponto de vista, impossível, mas exercer sobre a realidade – ou as realidades – afeta ao fenômeno jurídico um olhar realista, consciente de que eventuais respostas têm validade limitada às circunstâncias específicas e à falibilidade humana de quem constrói, pesquisa e critica o Direito.

O grande mestre brasileiro de lógica jurídica prof. Dr. Lourival Vilanova(20) já observava que quem se propõe a fazer política do direito comprovará o hiato entre o direito que é e o direito que deveria ser, para ser mais justo.

De grande importância, então, para construção de um sistema positivo lógico, será que se pautar toda a sua utilização (expressa ou implícita) de maneira a

buscar a coerência do sistema normativo.

Segundo Lênio Streck,(21) não existem lacunas técnicas, sendo todas elas axiológicas. Sua colmatação deveria passar por critérios definidos hermeneuticamente. Esse parece ser o ponto nevrálgico na questão: critérios. Nesse aspecto, o pensamento linear é de grande ajuda para se estabelecer um rigor metodológico para fazer a inclusão do fato não regulado ao sistema jurídico.

3 Lógica do ordenamento jurídico

Não se aplica uma norma jurídica senão à ordem de coisas para a qual foi estabelecida.(22) Esse é um primado de lógica, tal como em Olavo de Carvalho,(23) quando diz que aquilo a que não corresponde nenhuma *species* não corresponde tampouco nenhum *genus*. A verdade objetiva não pode ser deixada de lado nesse processo. O operador não pode se perder nos argumentos unidirecionais, a investigação não pode levar a conclusões esdrúxulas ou odiosas. Do contrário, teremos um sofisma, porque o procedimento de confrontação de casos ou partiu de elementos falsos ou chegou a um resultado falso.

Segundo o prof. Wilson Madeira Filho,(24) da Universidade Federal do Rio de Janeiro, foi Aristóteles quem iniciou os estudos e empregos da lógica às ciências. O silogismo aristotélico clássico é a comprovação da vinculação de dois termos criando uma proposição; se um desses termos vier a se vincular a um terceiro termo, em determinadas proporções comuns a ambos, seria possível estabelecer uma nova conexão, até então inédita, ou, pelo menos, que ainda não havia sido comprovada.

A ciência estuda os fenômenos observáveis que se sucedem no tempo. Para ela, os princípios lógicos são auxiliares, e, na utilização deles, poder-se-ia chegar a conclusões inaceitáveis: "O direito deve viver de realidades, e não de abstrações. (...) Somos maus julgadores da significação das coisas passadas e mais ainda das presentes. Não damos valor a certos fatos, que o têm. E não raro exageramos o de outros, que pouco atuam na ordem histórica".(25)

Optar pela lógica(26) não significa filiar-se necessariamente à corrente tradicionalista, mas usá-la em um âmbito contingente, como o argumentativo. Implica, para a corrente emancipatória, mergulhar na linguagem natural, mediante a qual o Direito se expressa, e ter, dessa forma, consciência de suas limitações.

A referência aos raciocínios lógicos, por sua vez, advém de uma postura de respeito aos tais textos normativos que compõem seu ordenamento referente (princípio da legalidade), como se este fosse completo (sem lacunas) e coerente (sem antinomias), possuindo normas de conduta que, antecipando o conflito, propõem previamente uma solução propositiva (dever-ser) para ele. Isso demonstra um lastro ideológico historicamente desenvolvido em um momento de grande respeito pelo positivismo.

De acordo com Perelman,(27) na concepção atual de direito, menos formalista, porque se preocupa com a maneira pela qual é aceito pelo seu meio, o direito positivo não pode ser entendido apenas como conjunto de leis e regulamentos, que seguem uma regularidade formal que lhes atribui validade formal. Pode haver divergências consideráveis entre a letra dos textos, sua interpretação e sua aplicação. Nesse sentido, explica o autor:

"O direito, tal como está determinado nos textos legais, promulgados e formalmente válidos, não reflete necessariamente a realidade jurídica. Quando uma sociedade está profundamente dividida sobre uma questão particular, e não se quer colidir de frente com uma parte considerável da população, nas sociedades democráticas em que se deseja que as medidas de coerção se

beneficiem de um amplo *consensus*, este é obrigado a recorrer a compromissos fundamentados em uma aplicação seletiva da lei. Espera-se que, após uma fase transitória em que a situação de fato não coincide com a situação prevista pela lei, seja possível, graças ao costume estabelecido, fazer os textos coincidirem com a realidade.”

Perelman cita a explicação de Mathew Hale(28) sobre o raciocínio judicial para justificar as decisões tomadas, dizendo que é preciso comparar as alternativas resultantes de uma ou de outra norma considerada, sopesar suas consequências previsíveis para a vida prática, humana, econômica e social, e escolher a que, em uma apreciação imparcial das consequências favoráveis ou desfavoráveis, acarretar, mediante comparação, os menores inconvenientes e as maiores vantagens.

O prof. Lenio Streck(29) bem coloca a questão do sentido que algo tem:

“No fundo, a adequabilidade nada mais faz do que pretender acoplar universalizações a ‘coisas particulares’. É como se um ente (o fato concreto) pudesse existir sem o ser (sentido). Ora, os sentidos não estão à disposição do intérprete. Não pode haver cisão entre compreensão e aplicação.”

Mais adiante, o mesmo autor nos recorda que não há grau zero na compreensão, e, para tanto, cita Luiz Rhoden, para quem a linguagem, como a história, possui um “peso”, uma força que nos conduz ou arrasta.

Assim, a lógica do raciocínio parte de que as escolhas das premissas tenham seguido critérios racionais (por processo analítico) de acordo com o que se pretende. Utilizar os conceitos e fatos que não guardam relação de semelhança pode ser desastroso, e não raro só acontecer. O conceito, a amplitude e a necessidade de “um direito” pode divergir se os indivíduos estão na mesma situação? A decisão judicial “humana” pode fazer esse tipo de discrimen? Penso que não, pois, se assim o fizéssemos, seríamos epicuristas, com uma visão muito estreita dos institutos jurídicos e muito mais voltados ao pretensão direito individual do que ao justo. Nem tudo se compara por semelhança relativa. Como falamos alhures, noções de espaço, tempo e jurídico-sistêmicas são necessariamente complementares à semelhança fática.

Em construção doutrinária mais recente e de ampla aceitação, Recaséns Siches(30) propôs como método interpretativo a “lógica do razoável” (*logos del razonable*), segundo a qual, na interpretação da lei, o aplicador há de proceder “razoavelmente”, mas sempre obedecendo às normas. Deve verificar a realidade e o sentido dos fatos, deve apurar os juízos de valor adotados pela ordem jurídica vigente para encontrar a solução conveniente, em função daquilo que a ordem jurídica admite como sentido de justiça. A lógica do razoável, portanto, é razão, tão razão como a lógica tradicional, mas uma razão impregnada de pontos de vista estimativos, de critérios de valorização, de pautas axiológicas que não desprezam a história e o legado da experiência.

Porém, a aceitação de uma teoria de racionalidade deve passar necessariamente por um filtro lógico. Do contrário, a racionalidade fica subsumida apenas na prática da afetação do fato à norma. Como a razão é apenas um instrumento de vontade do homem, é fácil ver, novamente, a raiz do individualismo. O que se sabe nem sempre corresponde à justiça, fim último de um sistema jurídico.

Parece-nos que aqueles(31) que pretendem trabalhar essas diferenças a partir do campo de uma teoria discursiva do direito (que se traduz na teoria da argumentação jurídica) também não obtiveram grande êxito. O intento desta é o de superar o antigo debate entre os normativistas, que correm o risco do distanciamento da realidade dos fatos, e os jusnaturalistas, que ofuscam a vincularidade do direito positivo. Pretendem reconstruir, com a filosofia da linguagem, uma teoria consensual (democrática) da verdade. Para ela, os

resultados obtidos de acordo com um procedimento participativo são mais ou menos racionais.

Penso que esse sistema de argumentação democrática não consegue, sozinho, resolver o problema das decisões judiciais "humanas" justas. Pois uma coisa é ser benevolente e conceder o direito que cada um alega ter em uma rasa interpretação legal, e a partir daí ser tido com um magistrado humanista. Mas a vida em sociedade é feita de regras de condutas, e viver sob esse manto impõe aos participantes a aceitação das regras. As opções individuais (condutas) não podem ser esquecidas se o ordenamento não consentiu. Cada conduta corresponde a uma carga de responsabilidade, essa é a distribuição em sociedade, nem tudo se pode. Do contrário, o sistema entra em colapso. Os deveres impõem que os participantes acatem as regras e não vivam só de direitos. Afinal, cada direito é sustentado por um dever correspondente.

Acatar as regras do sistema jurídico é uma postura ética. Esta é necessária para a vida social, religiosa, etc. O próprio Kelsen sempre entendeu que a função primordial do direito é a busca da justiça. Apenas entendia que tal deveria se dar em outro campo, o da ética. E falar em ética é passar naturalmente pelo campo do dever, dentre outros. Cumprir o dever de pagar os tributos, por exemplo, para que se tenha proveito coletivo e individual, é um comportamento ético. Não exigir mais do que lhe cabe também o é. O conceito de dever é, em sua origem, um conceito específico da moral e denota a norma moral de uma relação com o indivíduo a quem certa conduta é prescrita ou proibida pela norma.(32)

Assim, temos que o dever jurídico nada mais é que uma parte da norma jurídica. Sem este, a norma perde parte do seu significado.(33) Assim, a atividade do jurista deve passar também pela análise dos deveres do indivíduo; do contrário, tal análise será tendenciosa e não científica. E tal proceder afeta toda a sociedade, pois deferir direitos a quem sabidamente não os possui é, além de ilegal, antiético. Não se pode ser "humano" apenas para um indivíduo e não o ser para os demais, não se admite tal contradição. Nesse jogo, deve-se observar o princípio da contradição da lógica, segundo o qual, se algo é verdadeiro, é porque não é falso, e vice-versa. Ou é, ou não é. Nesse aspecto, resulta que não há como estabelecer juridicamente quem tem mais direito à saúde. Haverá sempre um grupo indistinto que se inserirá no campo apto a esse direito. Porém, desse grupo não há como dizer que o direito ampara mais A, B ou C.

Nesse ponto, o papel do magistrado também deve ser ético, ou seja, fazer a justiça no caso concreto sem se esquecer dos efeitos de sua decisão para o resto do grupo social.

Conclusões

Deve-se ter em mente que o elastecimento de critérios interpretativos ou até mesmo a ausência deles pode abolir definitivamente a legalidade. A conduta interpretativa com ares de humanista não pode esquecer-se dos balizamentos mínimos para qualquer boa interpretação. Do contrário, o que ganha destaque de "norma" é o subjetivismo do julgador. Pode, porém, ganhar um nome mais sociável, como direito alternativo, por exemplo. O que é um caminho sem volta, se o partícipe dessa postura estiver vinculado com a ideologia teórica que prega. Nem se diga que isso vale apenas para os *hard cases*, como queria Dworkin, ou para os casos excepcionais do direito brasileiro. Há claros limites impostos ao jurista, dentro dos quais, sem a menor sombra de dúvida, ele deve interpretar o sistema legal a fim de encontrar a solução ao caso, mas não a solução que ele quer, e sim a solução que o sistema põe.

Ainda, é de se indagar se o excesso de humanização judicial tende a cumprir os fins do direito, a pacificação e o controle social. Pois, como dissemos alhures, uma conduta pode ser, de fato, boa para um indivíduo, mas pode não ser para o resto da comunidade. E é nesse momento que a decisão judicial será questionada

pelo quadro social, e, por consequência, não se terá desincumbido o direito de realizar a pretendida pacificação social. O que queremos dizer é que a atitude do jurista não pode ser irresponsável. Ele deve mensurar muito bem os efeitos que a decisão pode irradiar na sociedade. Além do objetivo da pacificação social, também passa pela educação. A norma jurídica individual (sentença) não pode ter conteúdo político: o julgamento deve ser jurídico, com critérios, etapas, enfim, metodologia.

Outro aspecto que importa destacar é que a conduta humanista sem critérios pode afetar a eficácia do sistema jurídico com um todo. Porque, se a eficácia é a aptidão do sistema para ser cumprido pela população, é necessário que esta acredite na norma e dê cumprimento a ela. Porém, quando a regra normativa é quebrada por decisões judiciais que não são aceitas pelos demais membros da sociedade, a eficácia da norma fica comprometida. Por que cumpri-la, se outros passam por cima dela? Ou a norma vale para todos, ou para ninguém, poderão pensar. Mas é evidente que há exceções. Porém – e esse é o ponto nevrálgico da matéria –, para aplicar a exceção, o jurista deve fazê-lo com maestria. E aqui entra a lógica como fator de fácil percepção social da correção da conduta judicial.

A lógica tem esse papel de fazer com que o sistema se mantenha íntegro, sem rupturas (princípio da coerência). É aqui que o jurista deve focar sua técnica. Primeiro, porque a lógica é acessível a todos, não contém dados técnicos ou de difícil percepção, é de fácil percepção. Assim, a decisão lógica passa a ter eficácia social. Mais, reforça a própria eficácia das normas jurídicas, na medida em que esclarece como e por que da norma foi extraído tal valor ou significação.

Outro aspecto importante da lógica jurídica é que ela também reforça o sistema como um todo, porque reafirma os comandos postos pelas normas, em especial o binômio direito-dever. Tais são forças que não são unicamente do positivismo, estão presentes também no direito natural. O aumento do número de direitos gera inegavelmente o aumento dos deveres correlatos. Se há proteção à liberdade, maior o dever de não atacar tal direito. Se quisermos promoção ampla da saúde, com qualidade e agilidade necessárias, temos de saber que temos o dever de contribuir com recursos para tanto. Os direitos humanos não podem viver apenas entre Platão e Thomas Morus.⁽³⁴⁾ Devem ser pensados, refletidos e, mais do que tudo, planejados logicamente, porque, no mundo dos fatos, não se pode tudo.

Referências bibliográficas

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
_____. **Política**. Lisboa: Vega, 1998.

BARBA, Gregório Peces. **Curso de teoria del derecho**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

CARVALHO, Olavo de. **Dialética erística**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. What is equality? **Philosophy and Public Affairs**, n. 10. 1981.

FALCÃO, Pablo R. de L. Do direito que é, aquele que vem a ser: implicações epistêmicas da relação entre decidibilidade jurídica e raciocínio lógico-dedutivo. In: XVI Congresso Nacional do Conpedi/PUC Minas, Belo Horizonte, 15, 16 e 17 de novembro de 2007. **Anais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Analogia: aspectos lógico jurídico; analogia como argumento ou procedimento lógico. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 6.

FIGUEIREDO, Sálvio. O juiz em face do CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 10, abr. 1978.

GOLDING, Martin P.; EDMUNDSON, Willian A. **Blackwell guide to the philosophy of law and legal theory**. Massachusetts: Blackwell, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, H. L. A. **The concept of law**. Penelope Bulloch, 1997.

HOERSTER, Norbert. **En defensa del positivismo jurídico**. Barcelona: Gedisa, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

_____. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 1999.

KOSELLECK, Reinhardt. **Crítica e crise**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

LAMOND, Grant. Precedent and analogy in legal reasoning. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Spring 2014. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/legal-reas-prec/>>.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. v. I.

MACHADO, Roberto Denis. Há, de fato uma crise do positivismo jurídico? In: XVI Congresso Nacional do Conpedi/PUC Minas, Belo Horizonte, 15, 16 e 17 de novembro de 2007. **Anais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

MADEIRA FILHO, Wilson. Teoria da motivação da decisão jurídica: aspectos introdutórios – lógica e lingüística aplicadas ao direito. In: XIV Congresso Nacional do Conpedi/Unicap, Recife, 2005. **Anais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

MIRANDA, Pontes de. **Sistema de ciência positiva do direito**. Rio de Janeiro: Borosi, 1972. Tomos I e II.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NEVES, António Castanheira. *Metodologia*. Problemas fundamentais. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Humano, demasiado humano**. 2. ed. São Paulo: Escala, 2010.

PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**: nova retórica. Traduzido por Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

RAWLS, John. **Uma teoria de justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

RECASÉNS, Siches L. **Experiência jurídica, naturaleza de la cosa y lógica del 'razonable'**. México: Porruá, 1971.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Dialética erística**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica em crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.**

_____. **Verdade e consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. Nova York: New York University, 1995.

VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

WACKS, Raymond. **Philosophy of law**: a very short introduction. New York: Oxford University, 2006.

Notas

1. VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 389.

2. BARBA, Gregorio Peces. **Curso de teoria del derecho**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 275.

3. RECASÉNS, Siches L. **Introducción al estudio del derecho**. México: Porrúa, 1996. p. 145.

4. ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 289.

5. NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Humano, demasiado humano**. 2. ed. São Paulo: Escala, 2010. p. 34.

6. KOSELLECK, Reinhardt. **Crítica e crise**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999. p. 239.

7. DWORKIN, Ronald. What is equality? **Philosophy and Public Affairs**, n. 10. 1981. p. 289.

8. RAWLS, John. **Uma teoria de justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 30.

9. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial**

power. Nova York: New York University, 1995. p. 182.

10. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco.** São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 105.

11. ARISTÓTELES. **Política.** Lisboa: Veja, 1998. p. 55, 149, 207.

12. VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno.** São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. XXXIV.

13. MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 19. ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 45 e 170.

14. WACKS, Raymond. **Philosophy of law: a very short introduction.** New York: Oxford University, 2006. p. 18.

15. WACKS, Raymond. **Philosophy of law: a very short introduction.** New York: Oxford University, 2006. p. 23.

16. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 21.

17. MIRANDA, Pontes de. **Sistema de ciência positiva do direito.** Rio de Janeiro: Borosi, 1972. Tomo II. p. 117.

18. HOERSTER, Norbert. **En defensa del positivismo jurídico.** Barcelona: Gedisa, 2000. p. 9.

19. MACHADO, Roberto Denis. Há, de fato uma crise do positivismo jurídico? In: XVI Congresso Nacional do Conpedi/PUC Minas, Belo Horizonte, 15, 16 e 17 de novembro de 2007. **Anais.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 3796.

20. VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema do direito positivo.** São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 212.

21. STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica em crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 85.**

22. MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 173.

23. CARVALHO, Olavo de. **Dialética erística.** Rio de Janeiro: Topbooks, 2003. p. 109.

24. MADEIRA FILHO, Wilson. Teoria da motivação da decisão jurídica: aspectos introdutórios – lógica e lingüística aplicadas ao direito. In: XIV Congresso Nacional do Conpedi/Unicap, Recife, 2005. **Anais.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

25. MIRANDA, Pontes de. **Sistema de ciência positiva do direito.** Tomo I. p. 67-68.

26. FALCÃO, Pablo R. de L. Do direito que é, aquele que vem a ser: implicações epistêmicas da relação entre decidibilidade jurídica e raciocínio lógico-dedutivo. In: XVI Congresso Nacional do Conpedi/PUC Minas, Belo Horizonte, 15, 16 e 17 de novembro de 2007. **Anais.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 3757.

27. PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica: nova retórica.** Traduzido por Verginia K.

Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 186-187.

28. *Chief Justice* Matthew Hale. Consideration touching the amendment or alteration of laws. Ed. por Francis Hargrave (Collectanea juridica, 1791, p. 51). Apud PERELMAN, op. cit., p. 201-202.

29. STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 134-135.

30. SICHES, Recaséns. **Lógica do razoável**. p. 221.

31. HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 115.

32. KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. p. 83.

33. Observar que, para Kelsen, a norma perdia total significado sem o dever jurídico. Ver a obra **Teoria geral do Direito e do Estado**.

34. Pensadores que teorizavam a vida no plano da ideias, com nenhum ou escasso empirismo.

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023:2002/ABNT):

ANDRASCHKO, Luciano. O humanismo e o ordenamento jurídico. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 65, abri. 2015. Disponível em:
< http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao065/Luciano_Andraschko.html >
Acesso em: 13 maio 2015.